

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les aspects juridiques des systèmes d'information

Poullet, Yves

Published in:
Lex Electronica

Publication date:
2006

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 2006, 'Les aspects juridiques des systèmes d'information', *Lex Electronica*, VOL. 10, Numéro 3.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les aspects juridiques des systèmes d'information

Yves POULLET*

Lex Electronica, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006
<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/poullet.htm>

INTRODUCTION.....	2
TITRE 1. LES ACTEURS DE LA RÉGULATION DE L'INTERNET : LA GOUVERNANCE DE L'INTERNET	2
SOUS TITRE I : DES MODES DE RÉGULATION VARIÉS.....	3
<i>Section I : L'affirmation de l'autorégulation.....</i>	3
<i>Section II : La régulation par la technique</i>	4
<i>Section III : Vers un nouveau modèle : la corégulation.....</i>	6
SOUS-TITRE II : DE LA MONTÉE EN PUISSANCE DES ORGANISATIONS SUPRANATIONALES	7
<i>Section I : La remise en cause de l'Etat souverain.....</i>	7
<i>Section II : La montée en puissance des organisations internationales</i>	8
1. Les organisations globales.....	9
I. La montée des « régionalismes » : un droit européen de l'Internet ?	10
A. Créer un marché interne unique	11
B. Les relations avec les pays tiers : de la politique défensive à une politique plus participative	12
TITRE II LE CONTENU DE LA RÉGULATION EUROPÉENNE DE L'INTERNET QUELQUES TRAITS MARQUANTS	13
SOUS-TITRE I: LES OPÉRATIONS : UN CADRE JURIDIQUE POUR LES TRANSACTIONS JURIDIQUES	14
<i>Section I – Les directives de base.....</i>	14
<i>Section II : En ce qui concerne quelques aspects ou opérations spécifiques</i>	15
SOUS-TITRE II : LES VALEURS : UN DIFFICILE ÉQUILIBRE ENTRE « LIBERTÉS » ET « SÉCURITÉ » DU RÉSEAU.	16
<i>Section I . Le délicat équilibre entre la liberté d'expression et d'autres intérêts dignes de protection</i>	17
<i>Section II. La protection des données à caractère personnel.....</i>	18
SOUS-TITRE III. DES CONTENUS À PROTÉGER PAR LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LES DROITS VOISINS : DE L'AFFIRMATION AUX DOUTES	19
CONCLUSION.....	20

Introduction

Entre le droit et la technologie des systèmes d'information, les interactions sont nombreuses. La technologie, dit-on, révolutionne le droit voire en sape les fondements. Ses caractéristiques : la globalisation, la dématérialisation, le caractère interactif, l'absence de toute autorité centrale, heurtent les bases mêmes de l'action réglementaire ou plaident en tout cas pour des modes de régulation nouveaux dont le droit étatique a été écarté dans un premier temps. Son retour progressif s'explique au fur et à mesure que l'Internet devient un fait sociétal majeur et que ses applications envahissent nos entreprises, administrations et foyers. Tel sera le premier temps de notre réflexion centrée sur les **acteurs de la régulation de l'Internet**.

Au delà, se concentrant sur l'approche réglementaire européenne, l'étude propose quelques réflexions sur les **objets de la réglementation**. Pour faire bref, le droit impose quelques contraintes au développement technologique de manière à sauvegarder d'une part les libertés fondatrices de nos sociétés et d'autre part les équilibres essentiels inscrits au cœur des législations préexistantes à la société dite de l'Information et, dans le même temps, le droit crée un environnement favorable au développement de cette société. Ce double souci se traduit à travers les nombreuses dispositions spécifiques consacrées aux phénomènes ou développements nouveaux créés par les technologies de l'information et de la communication.

Titre 1. Les acteurs de la régulation de l'Internet : la gouvernance de l'Internet

La production et l'application du droit selon ses modes traditionnels se trouvent profondément mises en cause dans le cyberspace du fait même de ses caractéristiques¹. Là où l'Etat national imposait le droit, dans le cadre de compétences clairement définies par nos Constitutions et se réservait grâce au pouvoir judiciaire le quasi-monopole de son interprétation, le caractère global de l'Internet, son infrastructure totalement décentralisée, ses activités dématérialisées sans ancrage nécessaire dans un territoire donné² et surtout sa nature interactive remettent profondément en cause les schémas traditionnels de réglementation fondée sur la souveraineté étatique³.

Sous ce titre, notre propos sera dès lors double :

- il s'agira, dans un premier temps, au-delà de la distinction entre les notions de réglementation et de régulation, de rappeler le mythe fondateur de l'Internet, comme espace sans droit, livré aux seules vertus de l'autorégulation et de décrire la montée progressive de systèmes dits de co-régulation ou de « régulation en réseau »⁴.

¹ Parmi de nombreux auteurs, P. TRUDEL, *Droit du cyberspace*, Ed. Thémis, Montréal, 1997, en particulier, p. 1-15 et s. ; E. KATSCH, *Law in a Digital World*, Oxford Univ. press, New York, 1995; R.H. WEBER, *Regulatory Models for the Online World*, Zurich, Schulthess (éd.), 2002, p. 80 et s.; Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Thèse dactylographiée, Genève, 2004, pp. 10 à 66. ; E. LONGWORTH, Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace, in *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Ed. UNESCO, Economica, Paris, 2000, p. 13 et s.

² Sur ces caractéristiques « dématérialisation », « déterritorialisation », « détemporalisation », lire Th. HOEREN, *Internet und Recht – Neue Paradigm des Informationsrechts*, *NJW*, 1998, vol. 39, p. 2849 et s..

³ Sur cette approche traditionnelle du droit et sa remise en cause par le phénomène de l'Internet, lire entre autres : Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet*, Cahier du CRID n° 24, p. 29 et s. ; D.R. JOHNSON et DG POST, « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », *Stan. L. Rev.*, 1996, vol. 48, p. 1367 et s.

⁴ Pour reprendre l'idée centrale de la thèse de OST et van DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publ. FUSL, 2002, p. 26. Les auteurs démontrent que de

- le second temps s'attache aux conséquences de la dimension internationale de l'Internet qui justifient tant l'irruption de nouveaux acteurs, nés de l'autorégulation de l'Internet que la montée en puissance mais quelque peu désordonnée des organisations régionales et internationales.

Sous titre I : Des modes de régulation variés

La création, l'utilisation et le fonctionnement des systèmes d'information ne se conçoivent plus sans leur intégration au sein du réseau mondial ou plutôt du réseau des réseaux que leur ouvrent les protocoles et applications de l'Internet. La régulation de l'Internet s'élabore dès lors dans un contexte doublement délivré des contraintes étatiques à la fois par le fait qu'elle peut se négocier du fait de l'interactivité du réseau⁵ et que le phénomène de l'Internet ignore les frontières⁶.

Section I : L'affirmation de l'autorégulation

Il était dès lors tentant – et les premiers auteurs du droit de l'Internet⁷ ont succombé à cette tentation – de prôner l'abolition de toute réglementation étatique à propos des activités de l'Internet et de prôner une normativité ou régulation livrée aux seules volontés des concepteurs et utilisateurs de l'Internet, soit une « autorégulation »⁸. Ainsi, se sont développées en marge des systèmes juridiques traditionnels, des normativités propres à des communautés virtuelles⁹ disposant de leurs propres contenus, modes de contrôles¹⁰, systèmes de règlements de conflits¹¹ et de sanctions¹². Le cas d'e-Bay, sans doute la plateforme ou place de marché Internet la plus populaire, peut être cité en exemple¹³.

manière générale, le droit a tendance à passer d'un modèle centralisé, hiérarchisé, fondé sur l'Etat nation à un mode d'intervention normative décentralisé, souvent négociée entre auteurs privés et publics, nationaux ou non.

⁵ A cet égard, sur cette « contractualisation » du droit de l'Internet, les réflexions déjà anciennes de T. HARDY, « The proper legal regime for Cyberspace », *U. Pitt. L. Rev.*, 1994, vol. 55, p. 999 et s. (spéc. p. 1029) ; M. VIVANT, « Internet et modes de régulation », in *Internet face au droit*, Cahier du CRID, n° 12, Bruxelles, Story Scientia, 1997, p. 215 et s.

⁶ A ce propos, bornons-nous à reprendre les réflexions du grand internationaliste français : J.R. DUPUY, « Nous avons le monde des Etats, qui est celui du cloisonnement. Les pouvoirs s'y répartissent sur des espaces ajustés. De l'autre, nous avons le cybermonde, construit sur un 'écheveau communicationnel' ouvert aux communications et aux échanges et ce sans considération de frontières. », in *Le dédoublement du monde*, RGDIP, 1996, p. 313 et s. ; Cf. également KW GREWLICH, *Governance in Cyberspace*, La Haye, Kluwer, 1999, pp. 20-28.

⁷ « Une idée définit la pensée de la première génération au sujet de cet espace. Le cyberspace, disait-on, ne peut pas être régulé. Il ne 'peut pas être gouverné', il a une habileté innée à résister à la régulation. C'est là sa nature, son essence, c'est ainsi que sont les choses (...). Le cyberspace est un espace de non contrôle », L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999, p. 24. ; Comp. Negroponte (Being Digital, New York, Vintage Books, 1995, p. 237 : « (Le droit est) un poisson mourant sur les quais, parcouru de spasmes, tentant de happer une dernière bouffée d'air, en vain, car le monde numérique est un lieu différent ».

⁸ Sur ce concept, lire notamment P. TRUDEL, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ? », *Sociologie et Sociétés*, 2000, vol. 32, p. 190 et s. ; plus récemment l'étude très complète de Mr. AMBLARD déjà citée.

⁹ A propos de cette tendance de l'autorégulation sur Internet à se développer comme un système normatif complet, nos réflexions in « Les diverses techniques de réglementation d'Internet : l'autorégulation et le rôle du droit étatique », *Ubiquité*, 2000, vol. 5, p. 55 et s.

¹⁰ Ainsi, les systèmes de « Hot lines » et de « labels » de qualité des sites Internet mis en place spontanément par le marché. Sur la labellisation des sites web, lire entre autres O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, p. 270 et s.

¹¹ Ce qu'il est convenu d'appeler les Online Dispute Resolution Mechanisms » (ODR). Sur ces ODR, lire l'analyse critique de ceux-ci, par Mr. Th. SCHULTZ (op.cit) et la description des différents ODR mis en place par G. KAUFMANN-KOHLER et T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution : Challenges for Contemporary Justice*, La Haye, Kluwer, 2004.

Yves POULLET, « Les aspects juridiques des systèmes d'information », *Lex Electronica*, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/poullet.htm>

À cette autorégulation « contractuelle » née de l'interactivité des réseaux ou secrétée par les usages ou décisions d'acteurs¹⁴ ou de communautés virtuelles, s'ajoute celle dictée par la technique elle-même. Le vocable de « Lex electronica » ou « Lex informatica », largement développé par des auteurs comme L. LESSIG¹⁵ et J. REIDENBERG¹⁶ entend précisément que les choix opérés au niveau de l'infrastructure peuvent déterminer les usages de l'Internet et constituent donc une forme de régulation¹⁷.

Section II : La régulation par la technique

Dans un article publié en 1993, J. Reidenberg¹⁸ soulignait déjà le hiatus entre deux mondes : celui de la réglementation des opérations et celui de la normalisation technique.

Le premier monde ressortait indiscutablement de la compétence des législateurs nationaux traditionnels, simplement l'ampleur des questions nécessitant de plus en plus de coopérations au sein des organisations internationales ou régionales.

Le second monde émergeait à l'époque : la normalisation d'une infrastructure globale comme celle d'Internet exigeait des décisions qui ne pouvaient être prises qu'au sein des organes dits de régulation technique aux compétences encore balbutiantes, organes que les pionniers d'Internet avaient mis au point¹⁹.

Ces organes, comme l'IETF²⁰, le W3C²¹, l'IANA devenue l'ICANN²², ont en même temps qu'Internet tissait sa toile, acquis, sans renier leur statut d'origine, leurs lettres de noblesse parfois avec la complicité de gouvernements²³ ou d'organisations internationales²⁴. Qui ne

¹² On évoque les « systèmes de gestion de réputation » qui permettent aux internautes de mieux connaître l'opinion de ses collègues à propos d'un site, les « listes noires » ou le retrait de labels ou l'exclusion des places de marché.

¹³ Sur ce cas, lire E. KATSCH, J. RIFKIN et A. GATTENBY, « E-commerce, E-dispute, and E-Dispute Resolution : in the Shadow of « e-Bay Law », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 2000, vol. 15, p. 705 et s.

¹⁴ Ainsi, d'innombrables « Privacy Policies » ou « Conditions of Use » présentes sur les sites de l'Internet.

¹⁵ On citera la célèbre affirmation de cet auteur : « Code is the law » (*Code and other Laws of Cyberspace*, op. cit.). Du même auteur, on lira : « The Constitution of Code : Limitations on Choice and critiques of Cyberspace Regulation », *Comm. Law Conspectus*, 1997, vol. 5, p. 181 et s. et « The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach », *Harw. L. Rev.*, 1999, vol. 113, p. 501 et s.

¹⁶ Surtout, J. REIDENBERG, « Lex Informatica : The Formulation of Information Policy Rules Through Technology », *Tex. L. Rev.*, 1998, vol. 76, p. 553 et s.

¹⁷ C. ROJINSKY, « Cyberspace et nouvelles régulations technologiques », *D.*, 2001, Chron., p. 844 et s. Pour une vision très critique, G. GREENLEAF, « An Endnote on Regulating in Cyberspace : Architecture v. Law », *UNSW Law Journal*, 1998, vol. 21, p. 593 et s.

¹⁸ J. REIDENBERG, Du même auteur, on notera les articles parus depuis : « Governing Networks and Rules- Making in Cyberspace », *45 Emory Law Journal*, 1996, 912-930 ; « Lex Informatica : The Formulation of Information Policy Rules through Technology », *76, Texas Law Review*, 1998, 553-593.

¹⁹ Sur ces différents organes de normalisation technique en matière de technologies de l'information et de la communication, lire P. TRUDEL (ed.), *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997 ; J. BERLEUR, Y. POULLET, « Quelles régulations pour l'Internet », in *Gouvernance de la société de l'information*, Cahier du CRID n° 22, Bruxelles, Bruylant, p. 133 et s.

²⁰ Sur l'Internet Engineering Task Force (I.E.T.F.), lire M. A. FROOMKIN, « Habermas @discourse net : Toward a critical theory of cyberspace », *116 Harv. Law Rev.*, p. 800 et s (2003) ; S. BRADNER, « IETF Working Group Guidelines and Procedures », disponible sur le site : <http://www.ietf.org/rfc>.

²¹ À propos du W3C qui contrôle le développement du HTML et des autres standards du Web, lire S.L. GARFINKEL, « The Web's Government », *MIT Technology Review*, 38.46 (Nov.- Déc. 98) disponible sur le site de l'IETF. Le lecteur visitera le site du W3C : <http://www.w3c.org.consortium>

²² Sur l'histoire de l'ICANN, J. WEINBERG, « ICANN and the problem of legitimacy ». 50, *Duke Journal*, 187 (2000).

²³ À cet égard, à propos du soutien du Département of Commerce américain à la création de l'ICANN et de la volonté du gouvernement américain de garder par l'ICANN le contrôle de la gouvernance de l'Internet, lire les articles de AM FROOMKIN « Wrong Turn in Cyberspace : Using ICANN to Route Around the APA

comprend qu'au-delà d'une normalisation technique, comme l'attribution de noms de domaines²⁵, l'adressage d'Internet, le « design » de l'infrastructure, la définition de protocoles techniques de filtrage des contenus, etc., il s'agit de décisions dont le contenu en un autre temps eût été pris par des auteurs, objet d'une légitimité constitutionnelle²⁶. Une telle assertion est à la base même de l'ouvrage qui, sans aucun doute, a le plus marqué la littérature juridique voire l'opinion publique sur les relations entre droit et technologie : « Code and other Laws of Cyberspace » de Lawrence LESSIG²⁷. Selon LESSIG, l'architecture technique, les caractéristiques du réseau (les protocoles, les standards de communications retenus, ...) créent un environnement autorisant certains comportements et en interdisant d'autres et jouent donc un rôle essentiel dans la régulation du cyberspace. Par ailleurs, il est remarquable de constater que les législateurs et juges devront tenir compte de ce donné décidé ailleurs que dans les enceintes traditionnelles du droit²⁸.

Celle-ci échappe largement aux Etats : « L'élaboration (des normes mises en œuvre par la technique), écrit REIDENBERG, ne dépend pas de la participation de tous les acteurs de l'Internet. Ce sont les spécialistes seuls qui décident des règles (...). Les techniciens choisissent la mise en œuvre des protocoles techniques. Les citoyens à qui des règles s'appliquent ne participent pas de façon directe à leur développement ». « Tandis que les Etats continuent à se demander quel type de réglementation devrait être adoptée, poursuit L. LESSIG²⁹, le code du cyberspace continue à se développer avec quelque chose qui ressemble à une autorité souveraine ». Nous reviendrons plus loin sur les acteurs de cette gouvernance technique de l'Internet.

Si notre propos n'est pas de reprendre ici des réflexions proposées ailleurs³⁰ sur les relations entre « Droit et Technologie », relevons cependant à ce propos de cette interaction : Droit et Technologie, deux éléments pointés à partir de deux domaines distincts du développement technologique.

- Le premier est celui des systèmes techniques permettant de protéger l'accès aux ressources informationnelles présentes sur le Net, de limiter ou d'interdire les copies,

and the Constitution », 50 *Duke, L.J.* 17 (2000) et « Form and Substance in Cyberspace », *Northwestern and School of Law of Lewis & Clark College*, 93 et s. (2002).

²⁴ Ainsi les liens entre l'OMPI et l'ICANN. Par contre, à noter le combat en 1992 entre l'IETF et l'ISO (International Standard Organisation) sur le choix entre le protocole TCP IP et le modèle en couches OSI. On sait que c'est finalement le choix de l'organisation privée qui l'emporta.

²⁵ À ce sujet, le remarquable article de J. REIDENBERG, « Lex Informatica : The formulation of Information Policy Rules in Technology », 76, *Texas Law Review*, 1998, 553-584 ; et l'ouvrage de base de L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, op.cit.

²⁶ À propos de la légitimité contestable des organes de normalisation technique, lire AM FROOMKIN, « Habermas @discourse net : Toward a critical theory of cyberspace », 116 *Harv. Law Rev.*, p. 751 et s (2003) ; Sur cette émergence des « pouvoirs » privés et leur rôle réglementaire, lire F. OST et M. van DE KERCKOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit », *Rev. Interdiscipl. d'études juridiques*, 2000, 44, pp. 66 et s.

²⁷ L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, op.cit. (disponible sur le site : <http://www.cyberlawstanford.edu.lessig.content.index.htm>) Selon LESSIG, la régulation d'Internet résulte de l'interaction de quatre modes de régulation : la loi, les normes sociales, leur marché et surtout l'architecture technique.

²⁸ Sur cette interaction entre la régulation technique et la régulation traditionnelle, lire J. REIDENBERG, « Privacy Protection and the Interdependence of Law, Technology and Self-Regulation », in *Variations sur le droit de la société de l'information*, Cahier du CRID, n° 20, pp. 130 et s. ; Yves POULLET, « How to regulate Internet, New Paradigm for Internet Governance », publié dans le même ouvrage, pp. 79 et s.

²⁹ L. LESSIG, *Code and Other Law of Cyberspace*, op. cit., p. 206

³⁰ Y. POULLET, « La technologie et le droit, Du défi à l'alliance », in *La technologie et le droit : du défi à l'alliance*, Liber Amicorum Guy HORSMANS, Bruylant, 2004, p. 943 et s.. Cf. également, sur ce point, S. GUTWIRTH, *Waarheidsaanspraken In Recht en wetenschap*, Maklu, Antwerpen, 1993.

Yves POULLET, « Les aspects juridiques des systèmes d'information », *Lex Electronica*, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/poullet.htm>

voire le cas échéant, d'assurer la traçabilité de leur utilisation au sein du réseau. Ces systèmes techniques dits de gestion des droits³¹ renforcent les protections juridiques des auteurs voire les rendent inutiles dans la mesure où la technologie assure une protection bien plus efficace et plus absolue des intérêts des concepteurs d'une « œuvre » qu'elle soit digne ou non de protection par le droit d'auteur³². Ainsi, la technique peut au-delà de la protection des droits modifier profondément les équilibres inscrits au cœur de leur reconnaissance voire rendre inutile la proclamation de ces droits.

- Le second exemple est tiré des standards PICS³³ ou P3P³⁴, développés tous deux par le W.3.C., organe privé de normalisation technique des applications liées aux protocoles html.

Des logiciels construits sur base de ces standards peuvent être introduits dans le navigateur de l'internaute ou mis à sa disposition par des fournisseurs de services. Grâce aux paramétrages qui caractérisent ces logiciels, l'Internaute peut fixer tantôt dans le cas des PICS, les critères de qualité des contenus des sites web à sélectionner et cela, selon la violence, le langage ou le caractère sexuel, tantôt dans le cas du P.3.P., les exigences de vie privée à respecter par ces sites web. La technologie offre ainsi la possibilité pour l'Internaute de réguler lui-même son environnement et crée ainsi l'illusion d'un « User Empowerment »³⁵.

Section III : Vers un nouveau modèle : la corégulation

Dans la mesure où l'Internet est devenu un fait sociétal majeur, pénétrant au-delà de nos entreprises, nos administrations et nos foyers, dans la mesure où il met en jeu des valeurs éthiques et culturelles auxquelles les nations sont attachées, et, surtout, exige pour son développement, la confiance, le modèle de l'autorégulation a progressivement montré ses limites. L'Etat est rappelé en force, d'une part, pour affirmer ses valeurs ou, après le 11 septembre noir, les impératifs de la sécurité publique³⁶, et d'autre part, pour créer le cadre de confiance et de sécurité juridique nécessaire pour un développement de l'économie basé sur le commerce électronique³⁷.

³¹ Pour une description de ces mesures, lire le rapport de PH. CHANTEPIE, *Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS, Un état des lieux*, Rapport n° 2003-02 au Ministère de la Culture, Paris, Janv. 2003. Sur ces systèmes, J. COHEN, "Information Rights and Intellectual Freedom", in *Ethics and the Internet*, Aug. Vedder (ed.), Antwerpen, Interscientia, 2001, p. 20 et s.

³² C'est toute la thèse de S. DUSOLIER, *La protection appropriée des mesures techniques en droit d'auteur*, Larcier, Bruxelles, 2005.

Cf. également, T. VINJE, "A brave new world of technical Protection Systems ; Will there still be a room for Copyright", *EIPR*, 1996, n° 8, p. 431.

³³ Platform for Internet Content Selection. Le lecteur trouvera une bonne description des PICS in R.P. WAGNER, "Filters and the First Amendment", *83 Minn. L. Rev.* (1998), p. 755 et s.

³⁴ Platform for Privacy Preferences. Le lecteur trouvera une description de son fonctionnement in L.F. CRANOR, "Agents of Choice : Tools that facilitate Notice and Choice about Web Site Data Practices", disponible sur le site <http://www.research.ATT.com/~lorrie/pubs/hk.pdf>.

³⁵ Sur cette notion, lire M. d'UDEKEM-GEVERS et Y. POULLET, « Internet Content Regulation : Concerns from a European User Empowerment Perspective », *C.L.S.R.*, 2001, p. 371 et s.

³⁶ À propos de cette renaissance des « souverainetés étatiques » et la notion de « frontières virtuelles » défendue par le gouvernement américain, lire J. REIDENBERG, « States and Internet Enforcement », *Univ. Ottawa L & Tech.J.*, 2004, disponible sur le site : <http://www.srn.com/abstract=487965>. Cette notion justifie notamment l'obligation faite aux transporteurs aériens par l'administration américaine de permettre l'accès aux données des passagers. Sur le dossier « Passenger Name Record », lire Y. POULLET – V. PEREZ-ASINARI, « Données des voyageurs aériens : le débat Europe- Etats -Unis », *J.T.D.E.*, 2004, p. 266 et s..

³⁷ Sur la renaissance de la loi dictée par la nécessité de créer un cadre de confiance, lire J. BERLEUR - Y. POULLET, « Réguler Internet », *Revue Etudes*, 2002, vol. 397, n° 5, p. 470-471 : « Comment expliquer ce phénomène ? Un seul mot, nous l'avons déjà dit : la confiance. Que la loi ait une fonction rassurante est

Cette « renaissance » du pouvoir étatique ne se conçoit cependant pas comme une affirmation brutale de l'autorité étatique. Elle se conçoit comme une « coopération entre la société civile et les pouvoirs publics »³⁸, un « effective mix »³⁹, ou, tantôt, l'Etat consolide des processus d'auto-régulation mis en place par le secteur privé lui-même⁴⁰ ; tantôt, après avoir fixé législativement les objectifs à poursuivre, l'Etat laisse à des instances de consultation⁴¹ ou aux acteurs privés le soin de traduire les « standards » mis en place par ses lois⁴².

Cette multiplication sous diverses modalités des formes de coopération entre réglementation voire régulation publique et régulation privée dans le domaine de la régulation de l'Internet est largement prônée par le « Sommet mondial de la Société de l'information » sur les conclusions duquel nous reviendrons dans le point suivant.

Sous-titre II : De la montée en puissance des organisations supranationales

Le caractère « sans frontières » de l'infrastructure de l'Internet, la globalisation des activités que l'Internet permet remettent en cause la possibilité pour les Etats nations d'exercer pleinement leur souveraineté (Section I).

A partir de ce contexte, on soulignera :

- la volonté de créer ou renforcer des régulateurs « globaux ». À cet égard, nous reviendrons sur l'intervention déjà signalée des organes privés de normalisation technique et sur celle croissante des organisations publiques internationales (Section II) ;
- entre ces institutions globales et les Etats nations, la montée en puissance des organes supranationaux régionaux. Notre propos sur ce point se limitera à quelques considérations sur l'action de l'Union européenne, cherchant à la fois à définir un droit européen harmonisé de l'Internet et à imposer son modèle vis-à-vis d'autres modèles, en particulier celui des Etats Unis (Section III).

Section I : La remise en cause de l'Etat souverain

L'Etat national exerçait dans le cadre de son territoire, sa souveraineté⁴³. La technologie remet en cause cette « souveraineté » à plus d'un titre.

indéniable. Elle crée un cadre de référence, soumet les acteurs à des prescrits qui garantissent la sécurité, la loyauté et la bonne fin des opérations ».

³⁸ Selon la définition donnée par le rapport de C. PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet, La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Rapport au Premier Ministre, Paris, La Documentation française, 2000, n° 141, Supplément, p. 9.

³⁹ Selon la définition donnée par l'OCDE à la corégulation. Sur l'historique de la corégulation, la notion et ses diverses formes, lire Y. POULLET, « Technologies de l'information et de la communication et 'co-régulation' : une nouvelle approche ? », in *Liber Amicorum M. COIPEL*, Kluwer, Antwerpen, 2004, p.

⁴⁰ On citera ainsi, les systèmes d'agrément volontaire des labels, la définition de « Best Practices » par des organes officiels ou créés par des instances officielles, ainsi l'e-confiance Forum créé par la Commission européenne (Sur ce forum et ses activités, cf. le site <http://www.jrc.it>) chargé d'analyser avec les promoteurs et leurs utilisations différents produits de l'autorégulation (code de conduite, labels, ODR, ...).

⁴¹ Ainsi les « autorités de contrôle » en matière de vie privée, les autorités administratives indépendantes en matière de réglementation de l'audiovisuel et de télécommunication, les observatoires de droit de l'Internet ou autres commissions « télématique », etc..

⁴² En ajoutant par cette traduction, une certaine « valeur ajoutée ». Sur cette notion et sa signification dans divers documents européens, lire Y. POULLET, « Vers la confiance : vue de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne », Bull. d'actualités, *Lamy Droit de l'Informatique et des réseaux*, 2001, n° 141.

⁴³ Sur les liens entre « territorialité et Etat » et leur remise en cause par l'émergence de l'immatériel, lire H. RUIZ FABRI, Immatériel, territorialité et Etat, *Arch. Phil. Droit*, T. 43, 1999, pp. 187-212 : « Le développement des communications immatérielles et la poursuite de l'Etat à leurs mouvements posent la question de la maîtrise de l'Etat d'un espace normatif national normalement calqué sur le territoire et exprimé

Premièrement, la dématérialisation des investissements principalement immatériels que représente l'économie de l'Internet permet facilement la délocalisation de ces investissements et, l'Etat nation a le choix entre, d'une part, des stratégies d'isolement, ou de dumping réglementaires qui risquent de se retourner contre lui, et, d'autre part, la recherche d'une harmonisation des législations. Cette seconde solution sera préférée⁴⁴.

Deuxièmement, l'abolition des frontières rend dérisoire la « prétention des Etats à régenter le net ». Ainsi, note M. Vivant⁴⁵, il y a « contradiction entre un phénomène qui ignore les frontières et des entités qui n'existent et n'ont compétence qu'à l'intérieur de frontières données ».

Troisièmement, si les règles de droit international privé permettent encore aux tribunaux d'affirmer la prééminence des lois nationales, les solutions prônées peuvent être combattues par des juridictions étrangères et en toute hypothèse, la décision se heurtera à l'impossibilité d'en assurer l'application dans le cadre d'un réseau sans frontières. L'affaire Yahoo illustre à suffisance la vérité du propos⁴⁶. Bref, dans cet espace sans frontières où toute information en définitive relève par son ubiquité des juridictions de tous les pays⁴⁷, il faut bien reconnaître que le droit n'apporte plus la sécurité juridique⁴⁸.

Section II : La montée en puissance des organisations internationales

Que la réponse adéquate à un phénomène de globalisation soit à trouver au niveau d'organisations globales, apparaît évident.

À propos de la régulation des infrastructures et des protocoles qui permettent d'assurer l'interopérabilité de l'ensemble des applications fonctionnant sur le réseau, nous avons déjà (Sous titre 1) noté le rôle d'instances privées de normalisation technique.

L'IAB et IETF, les deux organes de régulation technique du réseau créèrent en 1992 l'Internet Society (ISOC)⁴⁹. Quelques temps plus tard, en octobre 1994, avec l'invention du Web, apparaît le World Wide Web Consortium (W3C). Enfin, en décembre 1998, l'Internet Assigned Numbers Authority (IANA), sous tutelle de l'administration américaine était

dans le principe de territorialité ». Cf. également GF. CONSTANTIN, « L'informel internationalisé ou la subversion de la territorialité » in B. BADIE et M.C. SMOUTS (éd.), *L'international sans frontières, Cultures et conflits*, n° 21/22, 1996, p. 311-345.

⁴⁴ Sur cette préférence fondée sur des arguments d'analyse économique du droit, lire D.L. BURK, « Virtual Exit in the Global Information Economy », *73 Chicago Kent L. Rev.*, 1999, n° 4, p. 970.

⁴⁵ M. VIVANT, « Internet et modes de régulation » in *Internet face au droit*, E. Montero (ed.), Cahier du CRID, n° 16, Bruxelles, Story Scientia, p. 226 et s. Cf. également DR. JOHNSON et DG POST, « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », *Stan. L. Rev.*, 1996, vol. 48, p. 2370.

⁴⁶ L'affaire Yahoo (UEJF et LICRA c. Yahoo Int., TGI Paris, Ord. Réf. 22 mai 2000, 11 août 2000, 20 nov. 2000, disponible sur : <http://www.legalis.net>), concernait l'accès par des internautes français à des sites d'enchères d'objets nazis accessibles via le portail d'Yahoo. Sur cette affaire, lire J.R. REIDENBERG, « Yahoo and Democracy on the Internet », *Jurimetrics*, J. 2002, vol ; 42, p. 261 et s. ; Y. POULLET, « L'affaire Yahoo ou la revanche du droit sur la technologie ? », *Ubiquité*, 2001, vol. 9, p. 81 et s.

⁴⁷ P.S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *U.Pa.L. Rev.*, 2002, Vol. 151, p. 311 et s.; M.GEIST, « Is There a There ? Towards Greater Certainty for Internet Jurisdiction », *Berkeley Tech. L. J.*, 2001, vol. 16, p. 134 et s.

⁴⁸ Sur ce point, la conclusion de Mme Goyard Fahre (« Les fondements de la légalité », in *Les figures de la légalité*, C.A. MORAND (ed.), Published, Paris, 1992, p. 39) : « (Avec l'Internet), l'instabilité de la loi porte atteinte à sa vocation d'ordre ». Cf. également M. VIVANT, « Cybermonde : droit et droits des réseaux », *JCP*, G, 1996, I, 3969, p. 407. « Un système juridique n'est pas bon, qui place le sujet de droit dans une situation telle que, sans y pouvoir mais, il soit fautif, sinon même délinquant ».

⁴⁹ La création de l'Internet Society (ISOC) a été annoncée en juin 1991 par l'IAB et l'IETF, lors de leur conférence annuelle INET 91 à Copenhague. Mais l'ISOC n'a été officiellement formée qu'en Janvier 1992. Pour plus de précisions ; V. CERF, « IETF and ISOC », : <http://www.isoc.org/history/ietfhis.html>

Yves POULLET, « Les aspects juridiques des systèmes d'information », *Lex Electronica*, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/poullet.htm>

remplacée par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), une « non profit corporation ».

Ces trois principales organisations privées, bien que n'ayant que des compétences techniques détiennent un pouvoir normatif important. Ils déterminent les spécificités techniques du réseau qui s'imposent à toutes activités régulatrices. Les règles de conduite relatives à l'Internet ne sont efficaces que si elles se conforment aux caractéristiques techniques du réseau. Mais plus que ce cadre, les organisations peuvent également être une source normative, dans le sens où elles deviennent une technique de direction des conduites des internautes⁵⁰.

1. Les organisations globales

Sans doute, serait-il fastidieux de reprendre ici la longue liste des activités des organisations intergouvernementales oeuvrant dans le domaine de la régulation de l'Internet⁵¹.

Les compétences traditionnelles de l'UNESCO pour le développement de la science, de la culture et de l'éducation ont trouvé à s'appliquer à de nombreuses reprises en matière de technologies de l'information et de la communication⁵².

L'organisation internationale de normalisation (ISO) s'occupe de normalisation technique y compris en matière de système d'information. Enfin, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) veille au libre échange en matière de commerce international et donc de commerce électronique et certains accords pris en son sein visent les services et produits de communication. Une autre institution spécialisée des Nations Unies, la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international a produit de nombreuses lois modèles en matière de commerce électronique. On citera également le rôle du G8 et de l'OCDE.

- Les compétences de ces diverses organisations dites spécialisées se chevauchent. Ainsi, les questions de la propriété intellectuelle ressortent indiscutablement des compétences de l'OMPI mais ont également été abordées par l'OMC voire par l'UNESCO ;
- Les méthodes utilisées par des organisations relèvent le plus souvent de la « soft law »⁵³ c'est-à-dire consistent en des lois dites « modèles »⁵⁴, des recommandations⁵⁵ ; la définition de « Best Practices »⁵⁶ voire simplement en des collaborations de ces

⁵⁰ Ph. AMBLARD, op. cit., p. 72.

⁵¹ Pour un aperçu, le lecteur se référera à l'ouvrage de P. TRUDEL et alii, *Droit du cyberspace*, Montréal, Ed. Thémis, 1997, plus particulièrement le Chapitre VI et au rapport établi par l'OCDE à l'occasion de la conférence Ministérielle d'Ottawa (1998) « Un monde sans frontières : réaliser le potentiel d'un commerce électronique global », rapport intitulé « Report on international and regional Bodies : Activities and Initiatives in Electronic Commerce, (SG/EC (98) 10/REV2).

⁵² On cite en particulier les recommandations sur la promotion et l'usage des multilinguisme et l'accès universel au cyberspace.

⁵³ Également qualifié de « droit souple ». A ce propos, C. THIBIERGE, « Le droit souple », *R.T.D.civ.*, 2003, p. 626 et s. ou J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 21 et s. Cet auteur souligne : « la transformation profonde de la nature du droit dont la dimension proprement normative, prescriptive et contraignante régresse ».

⁵⁴ Ainsi, la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) sur le commerce électronique (6 Déc. 1996).

⁵⁵ Cf. en particulier, les déclarations ou lignes directrices de l'OCDE en matière de vie privée, Lignes Directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel (1980) ou de sécurité informatique, Lignes directrices régissant la sécurité des systèmes d'information, Nov. 1992.

⁵⁶ Ainsi, les « Best Practices » définies par l'UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) adoptée par l'ICANN.

organisations intergouvernementales avec des organisations privées de régulation. On cite à cet égard, le rôle de l'OMPI dans l'élaboration des « Uniform Disputes Resolution Procedures » en matière de noms de domaines, adoptées par l'ICANN⁵⁷ ;

- Enfin, on pointe la volonté d'instaurer une Constitution globale de la société de l'information, Constitution qui définirait les valeurs fondamentales de cette société et fixerait les règles tant d'un accès universel à cette société, que de son développement dans le respect du multiculturalisme. C'est l'ambition que l'UIT, forte du mandat des Nations Unies, s'est donné à travers les sommets mondiaux de la société de l'Information, le sommet récent de Genève et celui à venir de Tunis⁵⁸.

I. La montée des « régionalismes » : un droit européen de l'Internet ?⁵⁹

Jean Jacques LAVENUE⁶⁰ appelait de ses vœux un « ius communicationis » international que préfigure la déclaration de Genève. Dans l'attente, il y a fort à parier qu'entre un Etat Nation incapable à lui seul de réguler un phénomène global et des institutions internationales en mal de légitimité et aux consensus difficiles, des organisations supra-étatiques, régionales fortes d'une certaine cohésion socio-culturelle et donc juridique trouveront dans le phénomène de l'Internet, une justification à l'extension de leurs compétences. Il s'agit de garantir à partir de l'adhésion à des valeurs communes une régulation qui permette le libre établissement des prestataires, la libre circulation des services, bref un marché unique. L'exemple du droit européen de l'Internet atteste de cette montée de « régionalismes ».

À cet égard, chacun se plaît à souligner la politique énergétique d'unification des réglementations en matière de l'Internet et ce, bien au-delà du principe de subsidiarité⁶¹. Raccourcir des délais d'adoption et de transposition, intervention dans tous les domaines depuis la pédophilie sur Internet jusqu'à certaines dispositions de droit contractuel en vue de l'harmonisation des contenus réglementaires. Nous reviendrons sur ces contenus harmonisés, objet du titre II, pour nous attacher ici à deux autres points. Au-delà de l'harmonisation, on peut souligner les règles nouvelles qui visent à prévenir les conflits ou à lever les barrières au commerce intra-européen (A). Enfin, on analysera la façon dont la régulation européenne de l'Internet aborde les autres régulations (B).

⁵⁷ Sur cette collaboration, ses modalités et les critiques à apporter à de telles pratiques, lire M.A. FROMKIN, « Semi private international Rules », in *Regulating the GII*, C. MARDEN (ed.), Frontledge, Londres-New York, 2000, p. 211 et s.

⁵⁸ Cf. à ce propos, la Déclaration de principe : « Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire », Genève, 10 déc. 2003 (disponible sur le site de l'UIT : <http://www.itu.org>) qui commence par ses termes : « Nous, représentants des peuples du monde, ... ». Sur ce texte et sa prétention à constituer une sorte de Constitution de la Société de l'Information : Y. POULLET, « De retour d'un sommet mondial de la Société de l'Information », *RTDI*, 2004, n°18, p. 1 et s.

⁵⁹ Cette partie du texte renvoie à un article plus fouillé, Y. POULLET « Vers la confiance : vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche européenne », in *Le droit international de l'Internet*, Actes du colloque organisé à Paris, les 18 et 19 novembre 2001, Bruylant, 2002, p. 133 et s.

⁶⁰ J.J. LAVENUE, « Cyberspace et droit international : pour un nouveau ius communicationis », *Rev. de la recherche juridique-Droit prospectif*, 1996, p. 811-844.

⁶¹ Pourtant affirmé récemment par l'article 5 al. 2 et 3 du Traité de la Communauté européenne « domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité.

A. Créer un marché interne unique

Le premier mécanisme est certes l'abolition des barrières tantôt par l'harmonisation des réglementations, tantôt par la création de mécanismes de recours plus aisés en cas de litiges trans-frontières.

Sur le premier point, la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 sur la transparence⁶² est remarquable. Considérant que l'harmonisation des règles en matière de services de la société de l'information décrétée a priori par les instances communautaires est trop risquée voire prématurée, la directive met en place un système de contrôle et de coordination communautaire de toute initiative nationale en la matière. Il s'agit là d'éviter la fragmentation du marché interne, des inconsistances réglementaires ou une frénésie réglementaire qui freinerait le développement de la société de l'information.

Ainsi, la directive impose aux Etats membres de soumettre tout avant-projet de réglementation relatif à un service de la société de l'information, notion définie de manière très large, à une procédure qui permet, le cas échéant, à la Commission de substituer à l'initiative nationale sa propre initiative.

La directive dite « commerce électronique » sur le contenu duquel nous reviendrons (Titre II, Section 1, Sous section 1) va plus loin encore. Son article 3 affirme le principe selon lequel les opérateurs de services de la société de l'information sont soumis à la réglementation et au contrôle de l'Etat sur le territoire duquel ils sont établis⁶³. Leur conformité à cette réglementation les autorise à offrir le service dans toute l'Union européenne.

Au-delà de ces mécanismes visant à l'harmonisation des règles ou à l'abolition des obstacles réglementaires, divers textes facilitent le règlement des litiges nés des opérations de commerce électronique. Ainsi, plusieurs règlements de l'Union européenne autorisent la saisie de cours et tribunaux d'autres pays de l'Union européenne et reconnaissent aux décisions prises par ces juridictions, une force exécutoire accrue. Certes, l'intervention européenne en la matière ne s'explique pas uniquement par le développement des opérations *on line* mais il faut reconnaître cependant que le développement du commerce électronique et la multiplication des opérations de caractère transnational qui s'en suit, a précipité la réflexion en la matière tant au niveau européen⁶⁴ qu'international⁶⁵.

⁶² Directive mettant en place une procédure pour la fourniture d'informations dans le domaine des standards techniques et des réglementations (J.O., 5 août 1998, L 217). Il s'agit d'une directive amendant pour la troisième fois la directive 83/89/CE fixant une procédure pour la fourniture d'informations dans le domaine des standards techniques et de la réglementation. À noter qu'au départ, la directive 83/89/CE ne visait que les standards techniques. La directive 98/48 élargit le domaine à l'ensemble des réglementations de la société de l'information.

⁶³ Certains auteurs ont interprété cet article comme une claire reconnaissance de l'application de la loi du pays d'origine. Ainsi A. CRUQUENAIRE, « La clause de marché intérieur : clef de voûte de la directive sur le commerce électronique », in *Le Commerce électronique européen sur les rails ?*, Cahier du CRID, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 245-271.

⁶⁴ À propos des diverses techniques d'harmonisation, lire M. VAN HUFFEL, « Protection du consommateur et commerce électronique : quelques réflexions au départ du droit de la concurrence », *Ubiquité*, 2001, n° 5, p. 119 et s.

⁶⁵ Cf. à ce propos les travaux de la Convention de la Haye sur la juridiction internationale et les jugements étrangers en matière civile et commerciale qui mentionnent expressément l'importance du commerce électronique (cf. à ce propos le document préliminaire n° 12 « Electronic Commerce and International Jurisdiction », Ottawa, 28 févr.-1^{er} mars 2000) (travaux et documents disponibles à l'adresse <http://www.hech.net/workprog/jdgm.html>).

A ce second propos, on ajoutera, au premier mécanisme, la promotion des « procédures extrajudiciaires ou autres procédures comparables : médiation ou conciliation en ligne »⁶⁶ qui favorise au-delà des droits parfois divergents, des solutions satisfaisantes. La reconnaissance appuyée de ce type de procédure par l'article 17 de la directive sur le commerce électronique dans le cadre des transactions électroniques s'élargit à tous les litiges civils et commerciaux dans le cadre de la proposition de directive du 22 octobre 2004 sur la médiation.

Enfin, troisième type de mécanisme, les textes réglementaires européens multiplient les obligations de coopération administrative. Ainsi, nombre de textes européens réclament une meilleure coordination des actions menées par les administrations nationales (échanges d'informations, relais de plaintes, ...). Ces administrations nationales jouent en quelque sorte le rôle de guichet unique vis-à-vis de leurs citoyens lorsque ceux-ci ont quelques démêlés avec des opérateurs ou prestataires de services situés dans un autre pays de l'Union européenne. Au-delà, cette coopération entre administrations conduit, on l'espère, à une application plus uniforme, des textes européens.

B. Les relations avec les pays tiers : de la politique défensive à une politique plus participative

Sans doute, et c'est un leitmotiv de leurs discours, les instances européennes sont convaincues de la nécessité de créer un cadre non seulement européen mais mondial du commerce électronique. L'idée de la « Charte Globale » d'Internet prônée par le Commissaire BANGEMANN en septembre 1997 au forum « Interactive Telecom 97 » de l'ITU⁶⁷ a été prolongée par de nombreuses discussions, résolutions et débats menés au sein des diverses enceintes européennes⁶⁸.

Si cette coordination « globale » est réclamée et justifie l'action des organes de l'Union au sein des instances internationales publiques comme l'OCDE, l'UIT, le G8 etc., cette volonté ne s'entend pas d'une recommandation de l'Europe à défendre les valeurs auxquelles elle est attachée et de faire ainsi prévaloir une « souveraineté » non plus nationale mais européenne.

⁶⁶ L'Europe soucieuse de promouvoir la confiance des consommateurs et par là même de développer le commerce électronique, souligne la nécessité pour les consommateurs de pouvoir régler leurs litiges de manière efficace et adéquate par la voie de procédures extrajudiciaires ou d'autres procédures comparables également appelées : « Alternative Dispute Resolution Mechanism » selon l'expression anglo-saxonne. En matière d'organes fonctionnant de manière totalement électronique (réception de plaintes, instructions de l'affaire, émission de la sentence) on parle aussi d'O.D.R. (On-line Dispute Resolution Mechanisms). Sur ces mécanismes, P. de LOCHT, « Les Modes de règlement extrajudiciaire des litiges », in *Le Commerce électronique européen sur les rails ?*, M. Antoine et alii, sous la direction d'Etienne Montero, Cahier du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 327 et s. L'article 17 de la directive e-commerce stipule : « Les Etats membres veillent à ce qu'en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends disponibles dans le droit national y compris par des moyens électroniques appropriés ».

⁶⁷ Le discours de M. BANGEMANN avait donné lieu à une Communication de la Commission européenne du 4 février 1998 « Globalisation et Société de l'Information : la nécessité d'une coordination internationale renforcée ».

⁶⁸ Ainsi, la résolution adoptée le 14 janvier 1999 par le Parlement européen à propos de la communication de la Commission, le débat mené au sein du Conseil des Ministres Telecom, le 30 novembre 1999 : « The I.S of the future responding to the challenges of global electronic commerce ». Cette révolution fait suite aux recommandations émises par le Global Business Dialogue (G.B.D.) sur le futur cadre de la politique réglementaire. Plus récemment, au sein du Parlement européen ou plus exactement de la Commission juridique et du Marché Intérieur, l'avis sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. L'organisation et la gestion de l'Internet – Enjeux internationaux et européen (COM (2000) 202. C5-0263/2000-2000/2140 (COS).

Cette défense de la souveraineté européenne s'opère de diverses manières :

- La première attitude est sans doute défensive : c'est celle notamment du juge français dans l'affaire Yahoo déjà analysée⁶⁹, c'est celle du Parlement européen dans l'affaire Echelon⁷⁰ ou plus récemment à propos du contrôle des passagers de transport aérien⁷¹. Il s'agit d'interdire certaines pratiques extraterritoriales ou du moins d'en limiter les effets vis-à-vis des citoyens européens, et ce, au nom de valeurs sociales jugées primordiales par un Etat donné ;
- La deuxième attitude possible est plus ouverte : il s'agit, sans renier les valeurs européennes, de chercher, sans impérialisme outrancier, dans le respect des systèmes des pays tiers, la protection adéquate des libertés et valeurs prônées par l'Europe. L'article 25 de la directive européenne 95/46 en matière de protection des données personnelles⁷² et plus encore l'application récente qui en a été faite dans le cadre des négociations entre l'Union européenne et les Etats Unis illustrent cette deuxième voie⁷³ ;
- Enfin, une troisième voie est celle de l'entrée des instances européennes dans les organes d'autoréglementation. Cette troisième voie est celle suivie par les instances européennes à propos de « l'organisation et la gestion de l'Internet » en clair, l'entrée de la Commission européenne comme telle dans l'ICANN qui gère l'attribution des noms de domaine au niveau mondial.

TITRE II Le contenu de la régulation européenne de l'Internet quelques traits marquants

Trois domaines de régulation sont étudiés :

- celui des transactions électroniques : il s'agit essentiellement de définir un cadre dans lequel les opérations de commerce électronique pourront se développer en toute confiance ;
- celui des libertés qu'il s'agisse de celles assurées par la protection des données de la liberté d'expression ;

⁶⁹ Analysée supra, Titre I, Sous titre I, Sous Titre II, Section I.

⁷⁰ Cf. le rapport présenté par G. SCHMIDT sur l'existence d'un système global de surveillance pour l'interception de communications privées et commerciales (Système d'interception Echelon) au comité temporaire sur le système d'interception Echelon, 18 mai 2001 (PE 305.391) et la Résolution n° 15 proposée par le rapport SCHMIDT cité note précédente : « Urges the Commission and member States to develop appropriate measures to promote, develop and manufacture European Encryption Technology and software and above all to supports projects aimed at developing user friendly open-source encryption software ».

⁷¹ C'est l'affaire des « Passenger Name Record » déjà évoquée supra, note 37 et la référence y reprise.

⁷² Sur la protection « adéquate » ou comment un ordre étatique peut imposer souplement des valeurs aux pays tiers dans la société globale de l'information, voir Y. POULLET et B. HAVELANGE, « *Preparation of a methodology for evaluating the adequacy of the level of protection of individuals with regard to the processing of personal data* », Office of Publication of the European Communities, 1998, Annex to the Annual Report 1998 (XVD/5047/98) of the WG art. 29 of Dir. 95/46/CE et sur ces critères du caractère adéquat, les documents publiés et approuvés par le Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel, groupe dit « de l'art. 29 », ainsi le WP 12 (5025/98) « Applying articles 25 et 26 (juillet 98).

⁷³ Décision de la Commission 2000/520/CE de la Commission conformément à la directive 95/46/CE relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphere de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le Ministère du Commerce des Etats-Unis d'Amérique, J.O.C.E., 25 août 2000, L. 215, p. 7 et s.

- celui des droits de propriété intellectuelle et voisins où, au temps des affirmations, succède le temps des doutes⁷⁴.

Un maître-mot justifie l'action européenne : la confiance⁷⁵. Il s'agit en effet de conjurer les craintes des internautes et des opérateurs du réseau, en rassurant tantôt l'un, tantôt l'autre tantôt l'un et l'autre que les opérations du commerce électronique respecteront les libertés essentielles des individus tout en offrant la sécurité des transactions et des investissements. Le législateur français l'a bien compris, lui qui adoptait récemment une loi globale sur ces différents aspects et l'a intitulée « Loi pour la confiance dans l'économie numérique »⁷⁶.

Sous-Titre I: Les opérations : un cadre juridique pour les transactions juridiques

Section I – Les directives de base

Deux directives mettent en place les principes fondamentaux et généraux propres aux acteurs et opérations du commerce international : la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique du 8 juin 2000⁷⁷ et celle sur la protection juridique des signatures électroniques du 13 décembre 1999⁷⁸.

Sans prétendre être exhaustif, relevons quelques uns de leurs principes. On notera à propos des acteurs que l'accès au marché des opérateurs de services de la société de l'information⁷⁹ ne peut être soumis à des conditions supplémentaires à celles déjà existantes pour l'offre non électronique des mêmes services. Notons toutefois que les opérateurs de services de certification de signature électronique pourront être soumis à des conditions d'interopérabilité et au contrôle du respect de certaines conditions s'ils entendent que les signatures à l'appui desquelles ils émettent des certificats puissent être dotées d'une valeur probante particulière. Ce principe du libre accès est seulement tempéré par des obligations accrues de transparence, juste contrepartie de l'absence de « face à face » de l'offre et de la demande sur Internet. Ainsi, on priera le prestataire des services de la société de l'information de décliner son identité, sa localisation, le moyen de l'atteindre et on l'astreindra à rendre accessible directement et par des moyens aisés les conditions, codes de conduite et autres auxquelles il accepte de se soumettre.

A propos des opérations du commerce électronique, un premier principe est l'obligation faite aux Etats membres de ne point discriminer directement ou indirectement les opérations du commerce électronique par des prescrits légaux affectant la valeur, l'efficacité ou la force

⁷⁴ En ces matières, référence sera faite aux textes réglementaires européens que traduisent les législations françaises mentionnées en note de bas de page

⁷⁵ A cet égard, nos conclusions in « le droit européen de l' internet », *op. cit.*, p. 172.

⁷⁶ En abrégé : la LCEN. Loi n° 2004-575, 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O. 22 juin 2004, p.11168. Sur cette loi, les commentaires repris dans le numéro spécial du J. Cl. Ed Communication Commerce électronique, Sept. 2004.

⁷⁷ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive dite « commerce électronique »), publiée in J.O., 17 juillet 2000, L 178, pp. 1-16.

⁷⁸ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (directive dite « signature électronique »), publiée in J.O., 19 janv. 2000, L 13, pp. 12-20.

⁷⁹ On notera que la traditionnelle distinction entre « commerçants » et « professions libérales » et « non commerçants » est, en ce qui concerne les principes fondamentaux, abolie.

contraignante de l'utilisation de l'électronique, et ce, à quelque stade de l'opération⁸⁰. Ce principe de non discrimination vaut également pour la signature électronique et on ajoute même que l'équivalence de valeur juridique de la signature électronique à celle de la signature manuscrite peut même être obtenue sous certaines conditions.

Ce principe est tempéré par l'exigence de considérer la transaction électronique comme le résultat d'une procédure à diverses étapes afin d'assurer que le consentement auquel elle aboutit soit éclairé, complet et certain. Cette découpe apparaît comme un juste contre-poids aux risques que fait courir l'utilisation d'une technologie de l'instantané entre contractants « à distance »⁸¹.

Section II : En ce qui concerne quelques aspects ou opérations spécifiques

L'Union européenne complète le cadre proposé par les deux directives analysées ci-dessus par des dispositions, d'une part, relatives à la protection des consommateurs et d'autre part, concernant la soi-disant monnaie électronique.

A propos des premiers, la conviction européenne selon laquelle le développement de la société de l'information implique obligatoirement la confiance des consommateurs⁸² a justifié tant des affirmations de principes, telles la Résolution du Conseil de l'Europe du 19 janvier 1999 à propos de la dimension « consommateurs » de la Société de l'information, véritable Charte des droits du consommateur - internaute⁸³ que l'adoption de textes ayant une valeur normative plus directe. On note, à cet égard, la directive sur les contrats à distance du 20 mai 1997⁸⁴ qui étend au monde du commerce électronique, une série de droits impératifs affirmés pour toute transaction conclue à distance et oblige l'offreur de services à émettre sur « support durable » la trace des transactions opérées par voie électronique⁸⁵. On signale enfin la directive relative à l'offre à distance des services financiers (y compris services d'assurance) visant des consommateurs⁸⁶. Cette directive élargit notablement les obligations de transparence et d'informations, les délais de réflexion et de renonciation et prévoit des

⁸⁰ Sur le principe de « non discrimination », comme principe général par lequel le droit accueille les développements technologiques, lire nos réflexions in *La technologie et le droit : du défi à l'alliance*, Liber Amicorum G. HORSMANS, Bruylant, 2004, p. 956 et s.

⁸¹ A ce propos, on citera la célèbre formule de E. KATSCH (*Law in a Digital World*, op.cit., p. 129) : « Paper contracts bind parties to an Act, Te electronic contract binds parties to a process »

⁸² Cette conviction est rappelée avec force par les commentaires de la Commission européenne dans sa réponse en date du 21 avril 1999 à la demande de la FTC américaine de réactions académiques et de commentaires publiés suite au rapport de la FTC : « US Perspectives on Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace. US Federal Trade Commission Notice requesting academic papers and public comments ».

⁸³ La Résolution du Conseil des Ministres en charge de la consommation du 19 janvier 1999 reprend un certain nombre de principes ainsi notamment

- celui de la transparence et du droit de recevoir une information suffisante et fiable avant et après transaction ;
- celui de la non discrimination dans l'accès aux produits et services et de l'attention aux consommateurs vulnérables ;
- celui de la distribution équitable des risques et des responsabilités ;
- celui de la participation des organisations de consommateurs dans la protection des intérêts des consommateurs ;
- celui de l'information et de l'éducation des consommateurs, aptes à les rendre capables de développer des savoir-faire appropriés ;

⁸⁴ Directive 97/7/CE, JO, 4 juin 1997, L 144/19.

⁸⁵ Sur cette notion, lire M. DEMOULIN, « La notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *Rev. Eur. Droit de la Consommation*, 2000, p. 361 et s.

⁸⁶ Sans doute, faudrait-il mentionner également, même si l'objet est plus large que les opérations du commerce électronique, la proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales du 17 juin 2003 (COM (2003) 0356) qui sera incessamment approuvée.

mécanismes efficaces et adéquats de plaintes et de solution des litiges. Parmi ces services, on trouve la mise à disposition de services de paiement à distance. Ce qui introduit le second sujet.

Ce dernier, ayant fait l'objet d'une intervention normative importante des instances européennes, est la monnaie électronique⁸⁷, autre élément indispensable pour assurer le développement du commerce électronique⁸⁸.

La communication et recommandation de la Commission européenne de juillet 1997⁸⁹ instituent en particulier, outre des devoirs d'information sur l'utilisation du moyen de paiement et ses conséquences, des règles claires de répartition de responsabilités entre émetteur et utilisateur du moyen de paiement, en cas de vol, de fraude, perte ou erreur et des mécanismes efficaces de règlement des litiges. Des directives sont adoptées ou en chantier. Deux directives du 18 septembre 2000 visent, d'une part, à harmoniser les réglementations nationales relatives aux institutions de crédit en élargissant le nombre d'institutions aptes à émettre de la monnaie électronique⁹⁰ et, d'autre part, à contrôler les opérations de ces institutions. Il s'agit de s'assurer de la stabilité et de la robustesse des émetteurs de moyens de paiement tout en distinguant différents statuts suivant l'importance des risques liés au type de moyens de paiement émis⁹¹.

On ajoutera des décisions européennes à propos de la lutte contre le blanchiment d'argent et la contrefaçon des moyens de paiement non liquides⁹².

Sous-Titre II : Les valeurs : un difficile équilibre entre « libertés » et « sécurité » du réseau⁹³.

L'Union européenne comme les Etats Unis reconnaissent la liberté d'expression comme une valeur fondamentale du réseau de l'Internet, même si l'une et l'autre de ces régions du monde se voient confrontées à la nécessité de fixer certaines limites à cette liberté lorsque l'exercice abusif de celle-ci nuit à autrui par des contenus illégaux ou dommageables. Sans doute, certaines nuances entre les réponses de l'une et de l'autre méritent d'être soulignées.

Plus grave est le fossé qui sépare ces deux régions en ce qui concerne la protection de données à caractère personnel. L'héritage de la convention n° 108 du Conseil de l'Europe⁹⁴ a

⁸⁷ Notion définie largement par la directive du Parlement et du Conseil (2000/28/CE) du 18 septembre 2000 modifiant la directive 77/780/CE sur la coordination des lois, règlements et dispositions administratives relatives au démarrage et à la poursuite des activités des institutions de crédit.

⁸⁸ Cf. Communication de la Commission sur le commerce électronique du 16 avril 1997 (COM (97)157), «Une initiative européenne en matière de commerce électronique ». La Commission notait que le commerce électronique ne se développerait pas « sans des moyens de paiement électronique robustes, conviviaux, efficaces et sûrs ».

⁸⁹ Recommandation relative aux transactions par des instruments de paiement électronique et en particulier les relations entre émetteur et porteur, COM (97)353 (une étude sur l'application de cette recommandation a été publiée le 20 mars 2000).

⁹⁰ Cf. également la Communication de la Commission sur « Un nouveau cadre juridique pour les paiements dans le marché interne, COM (2003) 718 ».

⁹¹ A noter à propos des moyens de paiement par téléphonie mobile, le « EU Blueprint on Mobile payment », document de travail du 12 juin 2003 et la communication de la Commission du 30 juin 2004 (COM (2004) 447).

⁹² Ainsi la décision cadre 2001/413/HA du 28 mai 2001 sur la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement non liquides et les communications et plan d'action du 9 février 2001 sur la prévention des fraudes et contrefaçons des moyens de paiement non liquides (COM (2001)11).

⁹³ Il eût été difficile dans le cadre limité de cette synthèse d'aborder l'analyse de la Convention du Conseil de l'Europe du 15 novembre 2001 sur la cybercriminalité et de la proposition de décision cadre européenne à propos des attaques contre les systèmes d'information, proposition dont l'adoption est attendue (COM (2002)173).

conduit l'Union européenne à adopter en 1995 une directive de base⁹⁵ en la matière et plus récemment, une seconde directive dite « sectorielle »⁹⁶ a adapté les principes de la première aux risques plus spécifiques des réseaux de communication électronique. Outre Atlantique, hormis certaines législations très spécifiques, confiance est faite au marché et à son autorégulation⁹⁷ pour assurer la protection des données à caractère personnel.

Les attentats du 11 septembre ont modifié quelque peu l'attitude européenne en matière de protection des données. L'obsession de la lutte contre le terrorisme a conduit au-delà des dispositions sur la cybercriminalité⁹⁸ à l'adoption de quelques mesures de procédure pénale dont l'ampleur selon de nombreux auteurs risque de mettre en cause les libertés individuelles.

Section I . Le délicat équilibre entre la liberté d'expression et d'autres intérêts dignes de protection

Les articles 12 et suivants de la directive « commerce électronique » déjà citée affirment clairement le principe de la liberté d'expression sur l'Internet, en exonérant, sur le modèle du DMCA américain⁹⁹, les opérateurs de réseaux, les fournisseurs d'accès et les hébergeurs de toute responsabilité pour les contenus illégaux ou dommageables qu'ils véhiculent ou hébergent sans le savoir¹⁰⁰.

La nécessité de lutter tant contre la pornographie infantile¹⁰¹ que contre le racisme et la xénophobie¹⁰² amène cependant progressivement l'Union européenne à adopter de nombreux textes à travers lesquels elle opère une « balance » entre la liberté d'expression et ces autres intérêts.

A cet égard, on note que si les premiers textes européens, adoptés dans la foulée des décisions américaines suite à la déclaration d'inconstitutionnalité du Decency Act¹⁰³, se référaient

⁹⁴ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel faite à Strasbourg. Cf. les nombreuses recommandations émises depuis sur base de cette convention reprises sur le site du Conseil de l'Europe : <http://www.coe.int>

⁹⁵ Directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des ces données, J.O., n° L. 281 du 23 novembre 1995, p. 31. Sur cette directive, lire entre autres, M. H. BOULANGER, C. de TERWANGNE, T. LEONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire, *JTDE*, 1997, p. 121-127 ; p. 145- 155 ; pp.173-179.

⁹⁶ Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE, 31 juillet 2002, L.201, p. 37 à 47. Sur cette directive, J. DHONT et K.ROSIER, « Directive Vie privée et communications électroniques », *Ubiquité*, 2003/15, p. 7 et s.

⁹⁷ Sur l'approche américaine comparée à celle européenne, lire P.A. SCHWARTZ et J. REIDENBERG, *Data Privacy Law*, Michie, New York, 1996

⁹⁸ Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, Budapest, 23 novembre 2001.

⁹⁹ Sans doute, faudrait-il être plus nuancé. A propos de l'origine américaine de la disposition européenne et de la comparaison entre les deux textes, lire R. JULIA BARCELO et KOELMAN, K.J. « Intermediary Liability in the e-commerce directive : so far so good but it's not enough », *CLSR*, 16, n° 4, 2000, 213-239.

¹⁰⁰ L'article 15 de la directive « Commerce électronique » en outre les soustrait à tout devoir de surveillance ou de contrôle préventif.

¹⁰¹ Cf. notamment la Décision 2004/68/JHA (J.O., L 13/44, 20.1.2004) du Conseil du 22 décembre 2003 sur l'exploitation sexuelle des enfants et la pornographie infantine.

¹⁰² Une décision cadre du Conseil en matière de lutte contre le racisme et la xénophobie (Proposition COM (2001) 664, 28 novembre 2001) est attendue pour 2005.

Ainsi la recommandation du 24 septembre 1998 déjà citée reprend en annexe « des lignes directrices pour le développement des systèmes nationaux d'autorégulation ».

¹⁰³ Sur l' historique du Decency Act et sa condamnation par la Cour constitutionnelle américaine, lire G. GRANGER, Liberté d'expression et réglementation de l'information dans le cyberspace, in *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, op. cit., p. 90 et s..

exclusivement à l'autorégulation et aux développements technologiques pour assurer le développement d'un « réseau sûr », progressivement¹⁰⁴, l'intervention de l'Etat se fait plus pressante, tout d'abord, par un encadrement de l'autorégulation, ensuite, en instituant une coopération maximale entre opérateurs d'Internet et autorités publiques dans la mesure où les textes imposent aux premiers l'obligation de garde préventivement, trace des utilisations de chacun¹⁰⁵ et, enfin, par l'obligation mise à charge des intermédiaires de mettre sur pied leurs propres systèmes de contrôle en ce qui concerne en tout cas la pornographie infantile¹⁰⁶.

Section II. La protection des données à caractère personnel

La directive 95/46 permet d'assurer par l'harmonisation poussée des règles en matière de protection des données une libre circulation des données dans l'Union européenne tout en maintenant une certaine marge de manœuvre pour des Etats membres. Elle fixe les conditions de traitement des données à caractère personnel en distinguant du régime général, celui des données sensibles. Elle crée des obligations de déclaration et de sécurité pour les responsables de traitement, confère à la personne concernée des droits visant à permettre le contrôle par celle-ci de son image informationnelle et de sa circulation. Enfin, elle reconnaît les compétences des autorités nationales, indépendantes de contrôle et crée deux groupes de travail européens, chargés tant d'une veille technologique que de coordonner les points de vue¹⁰⁷.

La seconde directive « sectorielle » applique les principes de la directive de base aux acteurs et opérations de communications électroniques qu'elles soient assurées par le réseau Internet ou non, qu'elles empruntent le réseau téléphonique, de câblodistribution ou hertzien. L'utilisation des données de trafic et de localisation est sévèrement réglementée de même que les communications non sollicitées et l'envoi de logiciels espions ou cookies. La Commission se voit octroyée le droit de fixer des normes techniques relatives aux appareils de communication pour lutter contre des pratiques « privaticides ».

La mise à charge d'une obligation pour les fournisseurs de services de communication, de conservation¹⁰⁸, des données de trafic et de localisation à des fins de recherche policière a fait l'objet de lourds débats au lendemain du cauchemar du 11 septembre 2001¹⁰⁹. Sans avoir été résolue pour le moment au niveau européen, on note une large tendance des Etats membres à obliger les fournisseurs de services de communication à conserver ces données et à collaborer

¹⁰⁴ Pour une liste des nombreuses recommandations, décisions et communications prises auparavant en la matière, lire M. D'Udekem-Gevers et Y. POULLET, *Concerns from a European User Empowerment Perspective in Internet Content Regulation*, *Communications et Strategies*, Montpellier, 2001.

¹⁰⁵ Cette obligation de garder trace est explicite dans la décision du Conseil du 29 mai 2000. La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité adoptée le 15 novembre 2001 donne une base légale à cette obligation des opérateurs de services de l'information de garder trace des données de trafic et de permettre l'accès aux autorités de police et judiciaire.

¹⁰⁶ Cf. à ce propos la décision du Conseil du 29 mai 2000 pour combattre la pornographie infantile sur Internet, ce qui, notons-le, est en contradiction avec l'article 15 de la directive sur certains aspects du commerce électronique qui exonère les intermédiaires de l'obligation de mettre en place des mesures de surveillance.

¹⁰⁷ Le premier dit « Groupe des sages » créé par l'article 29 de la directive reprend des délégués des autorités nationales. Son activité est considérable.

¹⁰⁸ Il est à noter que la Convention « Cybercriminalité » du Conseil de l'Europe prévoyait certes la possibilité pour les autorités judiciaires de demander, au cas par cas, la communication en temps réel des données de trafic et leur conservation pendant un délai maximum de 3 mois.

¹⁰⁹ A propos des initiatives réglementaires américaines et de leur influence en Europe, lire Y. POULLET-V. PEREZ, *art.cité*, J.T.D.E., 2004, p. 266 et s.

avec les autorités policières ou judiciaires, créant des risques de recherche proactive et des détournements de finalités de cette conservation¹¹⁰.

Sous-Titre III. Des contenus à protéger par les droits de propriété intellectuelle et les droits voisins : de l'affirmation aux doutes

L'analyse des tendances européennes en la matière révèle une hésitation entre deux volontés : celle, d'une part, d'assurer une protection maximale de l'investissement et cela, au-delà du domaine traditionnel protégé par le droit de la propriété intellectuelle ; celle, d'autre part, de maintenir un système juridique de protection conforme à la façon dont les paradigmes traditionnels du droit de la propriété intellectuelle assurent une balance équitable entre les intérêts, d'une part, des « auteurs » ou de leurs « ayants droits » et, d'autre part, des utilisateurs de l'œuvre voire de la communauté en général.

La directive 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données du 11 mars 1996¹¹¹ participe certes de la première tendance. Elle crée un droit « sui generis » à la protection des données dont il est reconnu qu'elles ne peuvent être objet du droit d'auteur. On sait combien la littérature américaine s'est insurgée contre cette déviance européenne qui protège clairement l'investissement et non plus la création intellectuelle.

La même tendance présente dans la directive 98/84/CE du 20 novembre 1998 sur la protection juridique des services d'accès conditionnel¹¹² comme la télévision payante mais également tout service multimédia accessible sur la base d'une autorisation individuelle et dont l'accès est protégé par des systèmes techniques tel l'encryptage. prévoit indépendamment de toute protection légale du contenu ainsi réservé que les mesures techniques de protection constituent en elles-mêmes un objet digne de protection. Ainsi, la protection technique devient source d'une protection juridique d'une œuvre en elle-même non nécessairement protégeable légalement et permet d'assurer le contrôle de l'accès à l'œuvre¹¹³.

A l'inverse de cette tendance qui satisfait certes les lobbies des prestataires de services de la société de l'information et, de manière plus vaste, les promoteurs du marché de l'édition technologique, d'autres textes se révèlent plus soucieux de l'intérêt d'une meilleure circulation des œuvres et programmes. Ainsi, une résolution du Parlement européen en date du 22 octobre 1998 prône clairement le soutien aux logiciels libres et aux plates-formes ouvertes et interopérables¹¹⁴. Plus récemment, on souligne que la directive du Parlement et du Conseil, adoptée le 9 avril 2001¹¹⁵ à la suite de débats longs et difficiles, directive sur les

¹¹⁰ Sur ce point, on note une tentative de l'Union européenne d'harmoniser les règles en matière de conservation des données de trafic à travers une proposition de décision cadre sur la conservation des données en date du 28 avril 2004.

¹¹¹ Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données, J.O. L. 77 du 27 mars 1996, p. 20. Sur la protection « sui generis » des bases de données offertes par cette directive, lire A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, [Droit@Litec](#), Paris, 1998,

¹¹² JOCE, L.320, 28 nov. 1998, p. 54.

¹¹³ En particulier, l'article 6 de la directive européenne sus-nommée. Cf. sur ce point déjà l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996. Sur cette tendance à une surprotection des œuvres sur Internet, M. VIVANT, « L'irrésistible ascension des droits de propriété intellectuelle ? » in *Mélanges Mouly*, LITEC, Paris, 1998, p. 441 ; B. HUGENHOLTZ, Copyright, Contract and Technology, What will remain of the Public Domain ?, in « *Le droit d'auteur, un contrôle de l'accès aux œuvres* », Caier du CRID, n° 18, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 50 et s.

¹¹⁴ Cette résolution fait suite au Livre Vert de la Commission (COM (97)263) du 3 décembre 1997 relatif à la convergence des secteurs de télécommunications, media et technologies de l'information et ses implications pour la régulation.

¹¹⁵ Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE 22 juin, n° 1, 167, p. 10.

droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, a finalement consacré le droit des Etats membres de prévoir des exceptions aux monopoles de l'auteur (droit de reproduction ou de communication au public). Ces exceptions certes proposées de manière optionnelle, peuvent être justifiées par l'utilisation privée, à des fins de recherche, de citation, de journalisme, etc. La directive limite dans le même sens la protection que pourraient apporter des mesures techniques¹¹⁶.

Il reste, il est vrai, à chaque Etat à inscrire dans sa législation nationale de telles réserves et d'assurer ainsi que la balance traditionnelle que les législations relatives au droit d'auteur garantissent entre les intérêts légitimes des créateurs (ou de leurs ayants droit) et ceux de la société de la société au profit de certains acteurs comme la recherche, l'éducation, la presse, etc.

On relève également, le débat difficile actuellement en cours au Parlement européen à propos de la brevetabilité des logiciels où il semble que les députés fraîchement élus remettent l'approche favorable retenue par leurs prédécesseurs¹¹⁷.

Les limites de la protection des contenus de l'Internet ainsi tracées, c'est très légitimement que les instances européennes adoptent les mesures nécessaires pour une protection juridique plus efficace par une meilleure coopération entre les administrations en charge de la détection et de la répression des actes de piratage ou de contrefaçon¹¹⁸.

Conclusion

L'introduction s'interrogeait sur le rôle du droit face aux technologies de l'information et de la communication. Le droit tel qu'on l'entend traditionnellement, c'est-à-dire l'expression des choix normatifs d'une société nationale souveraine, n'était-il pas condamné, à l'heure de l'Internet ? La réponse apportée atteste certes de l'existence d'autres formes de régulation présentes dans la société de l'information et avec lesquelles le droit est désormais forcé de composer voire de trouver des alliances. Par ailleurs la souveraineté ne peut plus se concevoir au niveau des Etats - nation mais au sein d'entités régionales. La dimension internationale de l'Internet exige le développement d'un droit international de l'Internet qui ne peut être l'adoption d'un plus petit commun dénominateur entre les peuples mais doit permettre, par l'instauration d'un dialogue entre les diverses parties prenantes de cette société de l'information, de définir les bases d'une société de l'information accessible à tous et respectueuse de valeurs essentielles.

L'intervention du droit dans divers domaines n'est pas dictée par le seul fait technologique. Elle s'inscrit au contraire dans un dialogue avec les acteurs du développement technologique. Il s'agit tantôt - l'exemple de la signature électronique le montre - de rappeler les exigences que le droit véhicule à travers ses concepts, tantôt - l'exemple des exceptions en matière de droit d'auteur en témoigne - d'exiger que le développement technologique s'opère en conformité avec les équilibres mis en place par les législations traditionnelles. Si certains développements technologiques affectent nos libertés, sans doute, le droit se doit-il

¹¹⁶ Sur les limites à imposer aux protections qu'apportent les mesures techniques, lire S. DUSOLIER, Y. POULLET, M. BUYDENS, Rapport au 3^e colloque « Infoéthique » de l'UNESCO, disponible sur le site du CRID : <http://www.crid.ac.be>.

¹¹⁷ A ce propos, le vote massif intervenu le 2 février 2005 au Parlement européen demandant à la Commission de revoir la proposition de directive du 20 fév. 2002 (J.O. 25 juin 2002, C 151 E/129) sur la brevetabilité des inventions liées à l'ordinateur.

¹¹⁸ Cf. récemment le document de travail de la Commission du 14 février 2002 (COM 2004, 261, final). Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative à la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle (JO, 30 avril 2004, L 157/45).

d'intervenir, de contraindre la technologie à trouver en elle-même les solutions adéquates voire d'affirmer de nouveaux droits aptes à corriger les déséquilibres sociétaux nouveaux créés par ces développements. Ainsi, s'expliquent les droits nouveaux apportés par les législations dites de protection des données ou l'affirmation d'un droit « universel » à l'accès à certains services de la société de l'information.

En définitive, si le droit se trouve bousculé par la technologie, il n'en est pas moins bien vivant. Créant de nouveaux lieux de dialogue en dehors des enceintes parlementaires et y recherchant non sans hésitation et parfois avec précipitation de nouveaux consensus, il accomplit sa fonction traditionnelle qui est la recherche du juste, le respect des libertés et le développement de tous.